



DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

CONCEITO DO DELITO NO DIREITO PENAL INGLÊS

LUIZ VICENTE CERNICHIARO

1 — O estudo da teoria geral do delito na Inglaterra impõe investigação prévia das características gerais do Direito Penal Inglês. Esta pesquisa facilitará a exposição da matéria e coordenará as conclusões.

Ressalte-se, e nisso não vai nenhuma novidade, o pensamento jurídico do mundo ocidental, pode ser dividido em dois grandes setores: o europeu-hispano-americano e o anglo-saxão. As diferenças não se restringem a expressão legislativa; residem nas Fontes, Estrutura, Método e Procedimento.

2 — A primeira grande característica do **direito inglês** é a **Common Law**, que encontra origem nos usos e costumes. De propósito, não dissemos — **Direito Costumeiro**; se o falássemos sem qualquer advertência, estaríamos fazendo uma opção doutrinária, contra a qual se insurgem vários juristas. Que o **direito inglês** decorre da **Common Law**, todos concordam, entretanto, o respectivo conceito não é pacífico. Tornam-se porisso, pertinentes e necessárias, algumas referências ao tema:

BENTHAM escreveu:

“A lei nesses dois países (Inglaterra e Estados Unidos), divide-se em duas partes desiguais: — uma é chamada “lei comum”, expressão singular, esta que designa, uma jurisprudência fundada sobre certa base da legislação mais conjectural do que conhecida, da qual os juizes extraem, sucessivamente, decisões calcadas umas sobre as outras, assim formando as regras judiciais a serem observadas nos julgamentos posteriores. A outra parte das leis é constituída pelos “estatutos” ou leis positivas, votadas, na Inglaterra pelo Parlamento e, na América, pelo Congresso. A “lei comum” não é, pois, uma lei escrita, uma lei “**in terminis**”. Em cada decisão os Juizes declaram proferir em julgamento semelhante ao proferido em outro caso do mesmo gênero.”⁽¹⁾

(1) Vicente Rao, “O Direito e a Vida dos Direitos”, ed. 1960, 1.º vol. pág. 136.

RENÉ DAVID observa:

“... não ser a “Common Law” mais do que a jurisprudência daquelas jurisdições (reais ou locais), “fundada em um fictício costume geral e imemorial”, e, por isso, reputa falsa a qualificação de direito Costumeiro, com a qual se designa o direito comum inglês”.⁽²⁾

Entre nós, Vicente Ráo, conclui:

“É lícito afirmar-se, em consequência, que a “Common Law” formalmente, se apresenta como um direito jurisprudencial, mas substancialmente e por sua origem, corresponde a um direito costumeiro, consagrado e perpetuado pela jurisprudência.”⁽³⁾

Heleno Fragoso secunda o mesmo raciocínio:

“Por “Common Law” entende-se o direito que não se expressa através de ato legislativo, mas sim, do costume revelado através de decisões judiciais”.⁽⁴⁾

3 — Observe-se, entretanto, que esse aspecto — sem análise mais profunda — não marcará nenhuma diferença. Nos demais países, os usos e costumes são juridicamente relevantes. O artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro determina que na omissão da Lei “O Juiz decidirá de acôrdo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

No máximo, poder-se-ia dizer que o sistema anglo-saxão é mais apegado às normas não escritas do que a orientação dos demais Estados. Limitar-se-ia a extrair ilação em plano de análise meramente quantitativa, sem tocar a estrutura dos sistemas. Urge por isso, apreenderem-se o significado, os limites e as consequências da “Common Law”. E esta é constituída de princípios e regras de conduta cuja autoridade é retirada dos usos e costumes e revelado em decisões judiciais. O país que adota este sistema, contudo, não despreza a norma formalizada na lei, ou em outras solenes manifestações de vontade do Estado. Importante, todavia, sublinhar os efeitos da “Common Law” diante do preceito legislativo.

4 — Os sistemas que se inspiram no Direito Romano — (genêricamente conhecido como direito escrito) estabelecem a regra de que a norma legislativa é preeminente em confronto com a norma costumeira. Esta somente incidirá supletivamente e enquanto não contrastar com a primeira.

A “Common Law” por sua vez, conduz a conclusão diferente. Diferente, dissemos. Não é apenas oposta, ou seja: os usos e costumes ope-

(2) Idem, pág. 137.

(3) Idem, págs. 138/139.

(4) Heleno Cláudio Fragoso, Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal”, n.º 14, pág. 112.

ram enquanto não surgir norma legislativa para disciplinar uma relação jurídica.

A diferença consiste no seguinte ponto: se uma situação fôr regida pela norma costumeira, em sendo elaborada uma escrita, esta será sempre interpretada de conformidade com a outra, para ganhar autenticidade. Corolário do sistema da “Common Law” é o pormenor de que a lei redigida é exceção — e como tal — inadimite a analogia. Estas duas ilações: conformidade da norma escrita e impossibilidade de analogia, emprestam ao sistema inglês duas características que, por seu turno, condicionam a concepção do ilícito penal.

RECASÉNS SICHES, com exatidão, ao enfrentar o tema, menciona duas consequências: a primeira entende que a interpretação da lei pelos Tribunais é “sempre restritiva” ou para reproduzir as palavras do autor mexicano: “os Tribunais não devem projetar os princípios das leis além do campo expressamente por elas compreendido”.⁽⁵⁾ Em segundo lugar, é que a aplicação das leis está subordinada ao que os tribunais entendem como precedente. O festejado mestre, antecipando-se à objeção de que em todos os países, ao judiciário cabe a derradeira palavra na interpretação do texto legal, portanto, este pormenor, não poderia ser elevado à categoria de característica — ressalta a nota diferenciadora. Expressamente leciona: “Contudo o que sucede com a “Common Law”, não é somente isto, como ocorre em todos os sistemas jurídicos. É algo mais; é a aceitação do princípio de que ao juiz corresponde determinar até que ponto e dentro de que margens o legislador tem competência para penetrar com suas próprias normas no sistema da “Common Law”, e lhe corresponde também determinar o modo de articulação dos preceitos legislativos na ordem jurídica tradicional. Considera-se que o juiz é quem sabe efetivamente o que é o Direito. Ainda que se admita o poder do legislador de emitir normas para determinar tipos de situações, é, sem embargo, ao juiz que compete decidir até que ponto, e com que alcance tais normas legislativas são válidas”.⁽⁶⁾ A “Common Law” — é o melhor entendimento nos dias que correm mormente depois da segunda metade do sec. XIX — indica o Direito oriundo das decisões dos Tribunais. Os ingleses costumam repetir: “Judge made Law”, daí, a inegável autoridade do Juiz britânico e o venerável respeito que o povo lhe dedica. É certo; esta teoria (Austin e Dicey) se choca com a de Hate e Blackstone que preferem dizer que os tribunais declaram os costumes (Declaratory Theory).

RODELL também não vacila em afirmar “..... as leis adquirem seu sentido apenas através da interpretação que lhes dão os tribunais; e na prática jurídica os precedentes judiciais têm muito mais prestígio que os textos de leis e do regulamento”.⁽⁷⁾

(5) Recaséns Siches, Panorama del Pensamiento Jurídico en el siglo XX, ed. 1963, vol. 2, pág. 581.

(6) Idem, pág. 582.

(7) Idem, pág. 582.

5 — Esta visão panorâmica dos fundamentos do Direito inglês estaria incompleta se não houvesse referência a “Rule of Law” — complexo de normas e princípios orientadores do legislador e do Juiz, considerados integrantes do direito positivo.

DICEY — citado por Recaséns Siches, demonstra o conteúdo da “rule of law” como sendo:

1. A absoluta supremacia ou predomínio do Direito (Regular Law, Common Law) e a oposição a todo poder arbitrário.

2. Igualdade diante do Direito, ou igual submissão de todos à lei do país (Law of the Land).

3. No Reino Unido, as normas, que nos outros países formam parte da Constituição não são a fonte, mas a consequência dos direitos individuais, tal como são definidos pelos tribunais. Eis portanto, a expressão britânica da (“Rule of Law”).⁽⁸⁾

6 — Inobstante o direito inglês ser íntimo ao passado, não estaciona. É dinâmico. Permeável às transformações. Atento às idéias que o mundo precipita e dão coloridos a várias fases da vida da humanidade. Se o jurista inglês expressou o individualismo e o liberalismo, no devido momento histórico, hoje, revela outros matizes, acompanhando as exigências da nova concepção de disciplina das relações jurídicas.

A “Common Law” transformou-se para adaptar-se as exigências atuais do país. Os juízes da Côrte Superior são os seus verdadeiros guardas. As decisões baseadas no direito costumeiro, ou na norma legislada obrigam as Côrtes inferiores. E mais: as orientações da **House of Lords** e da **Court of Appeal** vinculam-nas, também. Os casos de importância são relacionados, como vem acontecendo desde o século XVI. A partir de 1865 tem sido expedida a coleção conhecida como: **Law Reports** em quatro séries. Esses textos por si sós, não têm nenhuma força legal, todavia, “trabalhos de autoridade” como são conhecidos, tornam-se roteiro nas hipóteses de ausência da lei, ou em casos precedentes, da mesma espécie, embora, sem caráter obrigatório.

7 — Registradas estas considerações preliminares, entreabre-se ampla visão do Direito Penal Inglês cujas normas, inclusive para cancelar condutas, como infrações penais, decorrem da “Common Law” ou do “Statutes” — expressão legislativa do Direito.

Na Inglaterra não há qualquer movimento visando à codificação. No passado, fizeram realçar algumas tentativas, como a de Lord Brongham em 1848, Stephen em 1878 e os trabalhos de uma Comissão Real.

Apesar de inspiração inglesa o direito norte-americano, nessa passagem seguiu outra orientação. Hoje, os Estados — membros da comunidade dispõem de um Código Penal, embora, ainda existem fatos cuja

(8) Idem, pág. 585.

incriminação decorre da “Common Law”, que vão desaparecendo se, leis escritas surgirem para qualificá-las.

“CLARK e MARSHALL, expressando, nesse ponto, a nosso ver, entendimento geral, afirmam que hoje se torna cada vez mais evidente que o Direito Penal é substancialmente, matéria de lei escrita. A codificação presentemente existe em numerosos Estados e o movimento atual, de que o “Model Penal Code” é excelente expressão, demonstra muito bem que nesse sentido evoluiu o direito americano”.⁽⁹⁾

Em síntese, o quadro geral do Direito Britânico abrange três consideráveis áreas:

1. Common Law — regra geral,
2. Statute Law — aplicável ao caso disciplinado,
3. Equity — inspirada na idéia que o vocábulo sugere.

8 — A nossa concepção de ilícito penal, que repousa no “princípio da reserva legal”, poderá repugnar a condenação de alguém sem que o fato por êle praticado, previamente, haja sido proibido na lei. Ainda ressoam entre nós as palavras apaixonadas de BECCARIA e o significado do “Nullum crimes nulla poena sine lege”, expresso na forma latina por FEUERBACH, para justificar a sua teoria da pena e que, de outro lado, ainda não perdeu o sentido político. A tradição de nosso Direito não ousa retirá-lo das Constituições e dos Códigos Penais.

Corolário dessa concepção, evidentemente, será perguntar se os ingleses conciliam o princípio da legalidade com a Common Law. O princípio consagrado na Revolução Francesa, por sua rigidez, não se harmoniza com o sistema inglês. Apesar dos precedentes judiciais — os “Cases” são tomados como modelos — a segurança não é completa. A conduta delituosa não é expressa em descrição legal. A tipicidade não é encarada com a intransigência que nós solicitamos.

Na “Common Law” encontramos algumas incriminações genéricas e indeterminadas, que, no direito continental seriam inadmissíveis. Assim, por exemplo, o malefício público (*public mischief*), que remonta ao caso *Rex x Higgins*, estabelece a punição de todos os fatos de natureza pública que visam ao prejuízo da comunidade. O mesmo pode-se dizer do dano público (*public nuisance*), que abrange grande diversidade de fatos que afetam a saúde e o bem-estar da população. Os crimes contra a paz pública (*Offenses against the public peace*) e as ações contra os bonos mores que atingem a moral pública, são exemplos outros de incriminações pela Common Law que afetam, sem dúvida, o princípio da reserva legal, pela sua indeterminação.⁽¹⁰⁾

Costumam os ingleses dizer que a autoridade do precedente judiciário dispensa o *Nullum crimen sine lege*.

(9) Fragoso, ob. cit., págs. 114/115.

(10) Idem, págs. 118/119.

9 — Os elementos constitutivos do delito não são expressos formalmente. Apreendê-los, exige visão do Direito Penal no seu todo. A inexistência de um código dificulta sobremaneira a investigação. Nenhuma lei trata da parte geral do Direito Penal. A máxima "*Actus non facit reum nisi mens sit rea*", cuja origem se perde no tempo, contudo, conserva a autoridade na repetição constante, será o ponto de partida para a análise.

A locução, fundamentalmente, exprime que a ontologia do crime evidencia dois elementos; uma ação que se projeta no mundo exterior, governada pelo elemento subjetivo.

10 — A ação (*actus reus*) reúne a conduta propriamente dita e o resultado, como produto da atividade delituosa. Evidentemente, abrange também a relação de causalidade material, cuja doutrina na Grã-Bretanha, não alcançou o desenvolvimento conhecido no continente, onde várias teorias foram expostas para aclaramento do tema e solucionar dificuldades notórias, em particular, as causas supervinientes relativamente independentes e que, por si só, produzem o resultado.

Os repertórios de Jurisprudência revelam, contudo a consagração da equivalência das causas, no que há aproximação com o direito nacional.

O aspecto interno (*Mens rea*), geralmente, é traduzido como "intenção", "malícia", ou "desejo culpável". A língua portuguesa não dispõe de vocábulo capaz de revelar a variedade de sentidos que a expressão contém. A literatura penal inglesa, dedica páginas ao tema, seja por sua importância, como também, em virtude de sua extensão.

JAMES STEPHEN, conhecida autoridade, procura fixar os aspectos: ela faz naturalmente crer que, ao lado de definições especiais de certas infrações *mens rea* ou desejo culpável (*quilty mind*) está expressa, ou implica em tôdas as definições. Isto não é exato porque os elementos subjetivos diferem conforme as infrações. No caso do assassinato, a *mens rea* é a intenção culpável premeditada; no caso de fruto, a intenção de subtrair Em certos casos, denota simples falta de atenção, como por exemplo, no caso de *manslaughter* por imprudência — o esquecimento de observar um sinal. Dar o mesmo nome a tantos estados de espírito dissemelhantes pode levar à confusão. Parece verdadeiramente contraditório descrever uma simples distração como *mens rea*, ou desejo culpável. Repita-se: a expressão é de natureza a induzir a erro, o que acontece frequentemente na realidade. Faz crer a um profano que no direito inglês, nenhum ato será delituoso se informado por intenção louvável, ou, em outros termos, que a imoralidade é fator essencial da infração. ⁽¹¹⁾

11 — O *Actus reus* representa, como foi dito, o aspecto externo da conduta humana. Compreende a projeção da vontade no mundo

(11) Les grands systèmes de Droit Penal Contemporains, vol. I, ed. 1959, págs. 36/37.

físico e a relação de causalidade material com o evento. Os doutrinadores ingleses, nesse particular, sempre fazem referência à ação ou omissão. Tal como aconteceu entre nós, debateu-se longamente se a inação poderia iniciar a cadeia de causa e efeito capaz de compor a figura delituosa. Aliás, a punição da ação omissiva na Inglaterra é vista com muita reserva. Nesta observação, a teoria britânica fundamentalmente coincide mais uma vez com a brasileira. A omissão é entendida, como o não cumprimento de uma obrigação de fazer imposta pela norma jurídico-penal. Frise-se, todavia, que no direito brasileiro, o legislador de 1969 enunciou o conceito e a considerou “relevante” quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe à quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, à quem de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e à quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superviniência. (Art. 13 § 2.º). Na Inglaterra inexistente norma semelhante porque no assunto, foi seguida orientação de enumeração taxativa das hipóteses.

“Em virtude de leis recentes, diversas formas de omissão, como a falta de instalar certos dispositivos de segurança nas usinas ou de contratar certos seguros, são objetos de sanções penais. É uma tendência relativamente recente na Inglaterra, servir-se da lei penal para assegurar a aplicação de uma política social, que é a origem de algumas delas e ela acarreta um aumento considerável do número de infrações para os quais o *actus reus* consiste em uma omissão”.⁽¹²⁾ As infrações definidas por tais leis são conhecidas como “infrações do bem estar social”.

12 — Os Tribunais, no transcorrer dos últimos cem anos, têm modificado o entendimento a respeito de ser o agente conhecedor dos fatos essenciais de um ilícito quando este se encontra inserido nos “Statutes”.

RUDERT CROSS sintetizou a orientação, nos seguintes termos: “Antes de 1875 data da grande decisão tomada no caso *Rex x Prince*, este método não foi utilizado senão, em raras ocasiões. Depois, de 1875 até 1945, a tendência dos tribunais de interpretar à letra as definições das “infrações do bem-estar público”, era de que a *mens rea* deixara de ser fundamento da responsabilidade criminal. Desde 1945, o pêndulo oscilou em sentido inverso e é permitido atualmente falar da ressurreição da necessidade de provar a *mens real*.”⁽¹³⁾

A *mens rea* — ingrediente subjetivo — merece cuidadosa análise. Voltemos a atenção para três aspectos: **INTENTION**, **RECKLESSNESS**, **NEGLIGENCE**.

INTENTION, não traduzida como “intenção” expressão esta, que em nosso Direito Penal, denuncia idéia de dolo específico, desde que o

(12) Idem, pág. 38.

(13) Idem, pág. 68.

agente se conduza imbuído por um definido motivo de agir, ou vise a um fim certo e determinado.

Na Inglaterra, o conceito é mais amplo. Em utilizando nossa terminologia, o pensamento se torna mais abrangedor: o **dolo direto** e o **dolo eventual** implicam em previsão do resultado indiferente ao fato de ter o autor perseguido o evento ou assumido o risco de produzi-lo. O Tribunal Inglês de ERYTHREE em 1951, considerou essa modalidade do elemento subjetivo a exemplo do caso de “marinheiros que obrigaram um passageiro indesejável a desembarcar em uma ilha deserta que eles sabiam ser infestada de caranguejos devoradores de homens”. Contudo, é preciso registrar que algumas infrações exigem a **malice**. Aqui sim, poder-se-á fazer a correspondência com o nosso dolo específico. **Malice** abrange sentidos vários que se alteram conforme a modalidade de infração. Ilustraremos a observação com alguns exemplos deixando patente o aspecto eminentemente casuístico do direito inglês. No homicídio, **Malice**, significa premeditação; na difamação, publicação de escritos que no saber do agente, são ofensivos à reputação de alguém. Nas hipóteses dos **Statutes** o vocábulo exprime o desejo de causar **dano**, ao que a lei proíbe.

RECKLESSNESS é outra faceta. Aproxima-se da **INTENTION** quanto a representação do resultado que será sempre antevisto pelo agente. Diferem-se todavia, no seguinte: O autor ao praticar a ação espera que o resultado previsto não venha a acontecer. **MELLOR** levanta a hipótese do motorista que, dirigindo desatentamente, mata um pedestre, podendo ser culpado de homicídio. Não se pode afirmar que tenha havido deliberação de matar, mas o grau de temeridade virá situá-lo nos quadrantes da responsabilidade penal. O outro ângulo do tema poderá parecer contraditório. À primeira vista, **NEGLIGENCE** repele o conceito de **mens rea**. Justifica-se porém, afirmando que **mens rea** abrange a faculdade volitiva e cognitiva. Em assim dizendo, nada impede que se possa punir o acusado considerando que o mesmo poderia conduzir-se de modo diferente, usando de cautela, entretanto, ao deixar de fazê-lo veio a ofender bens e interesses juridicamente tutelados. Se procurarmos traçar linha paralela entre o elemento subjetivo do direito inglês e a posição brasileira na matéria, enumeraremos:

1. Malice — dolo específico
2. Intention — dolo direto e dolo eventual
3. Recklessness — culpa consciente
4. Negligence — culpa inconsciente

A **mens rea** não se confunde com o motivo da ação. **Mellor** diz que um remoto ou bom motivo não constitui fator discriminante e exemplifica: “Se eu furto um rico vizinho para dar o produto à igreja, ainda assim persiste o crime”. Desta forma, sempre ressalta que a extensão da

mens rea é tema largamente debatido. Alguns autores desejam restringi-la às hipóteses em que o agente teve previsão do resultado, excluindo assim, a **Negligence** cujo evento se acha no plano de mera previsibilidade.

Se a **MENS REA** é sempre requerida nos delitos de **Common Law**; quando decorrentes dos **Statutes**, nem sempre se torna necessária. A regra geral que se vislumbra nesta situação é a gravidade do ilícito. No caso de **Hobb x Winchester Corporation**, um açougueiro foi condenado por expor carne deteriorada à venda, embora, não soubesse de sua condição de não poder ser consumida.

Também, um caso paralelo, **Rex x Prince**, foi condenado por rapto de uma jovem com idade inferior a 16 anos (o que é vedado pelo **Person Act**, 1.861), desconhecendo a idade verdadeira, entretanto supondo ter a vítima idade superior àquela prevista em lei. Verificou-se desta forma a inobservância da **mens rea**.

As infrações da “**Common Law**” são enumeradas genericamente. Causam espécie diante de nossa cultura jurídico-penal. O citado caso **Rex x Higgins** consignou a finalidade de proteger os bens jurídicos como ponto de referência principal. A esta altura, justifica-se a indagação; notadamente os ilícitos da **Common Law** — se os examinarmos à luz da doutrina continental, estaremos a estudá-los nos limites da concepção substancial de crime, ou mediante critério formal?

Entre nós, tais doutrinas ensejam longos debates, principalmente com o surgimento da obra de **Garófalo** sustentando a idéia do “delito natural” — fato que sempre encontraria repulsa independentemente do tempo ou lugar em que fôsse praticado. O acontecimento seria vedado, inobstante diferenças econômicas e políticas das sociedades.

Certamente, na Inglaterra a divergência doutrinária não tomou vulto, a exemplo do que ocorreu com os mestres de nossa cultura penal; entretanto, é imprescindível o realce de que o fato ocorre à revelia do legislador, ou do Juiz e no tratamento que lhes dispensa, subsiste uma opção.

Os antecedentes políticos do individualismo deixariam traços indeléveis no roteiro a que o direito penal devesse seguir.

13 — A idéia central à época da Revolução Francesa era a de proteção aos direitos individuais. Oposição — Príncipe e povo. Impunha-se reforma radical. O Estado não poderia ser absoluto. Floresceram o jusnaturalismo e o contratualismo que, apesar de partirem de pressupostos diferentes, encontram-se no momento em que sustentam severamente o resguardo dos direitos individuais de garantia. Neste raciocínio, fácil se torna explicar a inclusão na Carta Política do capítulo: “Dos Direitos dos Cidadãos”, que, fundamentalmente constituiem autolimitações do Estado para a garantia dos direitos do homem. Os demandos se faziam sentir no setor repressivo. Basta para tanto, evocarmos, a lembrança do Livro V das nossas Ordenações Filipinas e tornaremos

presente o quadro de terror em que viveram Portugal e Brasil. O Direito é fato histórico. É superestrutura. Repousa em bases morais e econômicas. Exprime o entendimento médio dominante em uma sociedade. No final do século XVIII cumpria salvaguardar o homem contra o arbitrário, definindo o que seria crime vedando a pena sem cominação legal. Resumidamente, todos os anseios daquele tempo foram inscritos nas Constituições. Não poderia faltar, é evidente, a inclusão do princípio da anterioridade da lei penal. A repercussão jurídica demonstra que o movimento político romperia com o passado. Entre outras, legou-nos uma conquista: a relevância da **tipicidade**.

Na Inglaterra, o movimento não sugeriu consequências tão radicais RADBRUCH⁽¹⁴⁾ menciona os muitos traços do espírito popular inglês com fundamento no fato de que a Inglaterra, na época moderna, não está separada da Idade Média, como no continente, por uma profunda fratura, mas, porta-se no presente sem solução de continuidade. Assim, o parlamento inglês desenvolveu-se conforme representação medieval das corporações, enquanto no continente o Estado corporativo desaparece e só paulatinamente retornou ao Estado Constitucional.

A Reforma não repercutia radicalmente no dogma e no culto. A igreja anglicana conserva ainda alguns elementos católicos.

Ainda hoje as Universidades de Oxford e Cambridge correspondem mais do que qualquer ateneu da Europa à imagem de Universidade medieval. Esta conservação de Idade Média, na época moderna, vale também para a história do direito inglês, que não sofreu uma brusca interrupção como no continente. Estes acontecimentos influíram para que o Direito Inglês não acompanhasse as transformações palpáveis em outros países. Ao contrário, continua a acalantar ambiente com o fim de prosseguir, sem grande abalo, na mesma linha de desenvolvimento.

RADBRUCH observa ainda: — sublinhando a diferença dos sistemas jurídicos: “A Jurisprudência inglesa como a jurisprudência clássica romana, não se baseiam, em primeira linha, em leis, mas em casos jurídicos singulares. Ambas significam jurisprudência de caso a caso; ambos são “Case Law”.⁽¹⁵⁾ Nesse ambiente — não poderia ser de outra forma — as conclusões não se identificariam jamais. As reivindicações não eram as mesmas. As postulações eram outras. O ódio não apaixonava com a mesma intensidade.

Consequentemente, no setor do Direito Penal não se reproduziam os fatos, pelo menos, com igual feição e colorido.

14 — Retornemos à **Tipicidade** — Esta, com relação de subsunção de um fato à descrição legal do crime, não motivaria brados de reivindicações. O inglês continuava a confiar no Rei e nos seus Juizes. Não

(14) Radbruch, *Lo spirito del Diritto Inglese*, ed. 1962, pág. 6.

(15) Radbruch, *Lo spirito del Diritto Inglese*, ed. 1962, pág. 6.

era chegada a hora de subverter a ordem constituída, para pleitear o “**Nullum Crimen sine Lege**”. A tipicidade conduziu as especulações doutrinárias à concepção formal do delito. Não se desprezou a anti-juridicidade — contraste objetivo do fato com o juridicamente referendado — contudo, maior ênfase àquela, fêz com que na constituição do ilícito penal relevância fôsse conferida à descrição do comportamento humano.

A infração, por fim, seria o que a lei descrevesse como tal. O re-fôrço da proteção aos direitos individuais conduziu para plano secundário a exata correspondência do fato típico com os reclamos de uma sociedade ao momento do evento. Em termo de rigidez formal, o crime se reduz à uma definição jurídica que, muita vez, se choca com a sociedade. Os cultores da Ciência do Direito Penal sentiram esta realidade e procuraram, através de regra de interpretação, minorar a situação.

A interpretação progressiva, em parte, consegue conciliar a **tipicidade** com o que poderíamos designar “constante atualização do Direito Penal”. A interpretação progressiva não é analogia. Sòmente esta é vedada. Ela não cria a norma. Progressiva ou evolutiva se limita no revelar o significado. Com ela, adapta-se o modelo legal às formalidades dos fatos sociais.

A concepção da ação finalista de Hans Welzel é o mais moderno esforço para se alcançar efetiva correspondência da lei penal com os clamores frequentes de uma nação.

A **Common Law** autoriza maior liberdade de interpretação. Não se encontra vinculada ao contexto do tipo. Os tribunais ingleses no processo, buscam na coletividade a inspiração para qualificar o fato. Irremediavelmente será delito o que se opuser aos fins perseguidos pela sociedade. Nos Estados Unidos, onde a **Common Law** não opera com a mesma extensão, ainda persiste êste raciocínio. O Juiz SHAW declarou: “Em medida muito larga, o direito não escrito constitui a base de nossa jurisprudência, e fornece as regras pelos quais os direitos públicos e privados são instituídos e assegurados, as relações sociais de tôdas as pessoas reguladas, seus direitos, deveres e obrigações determinados, e tôdas as violações de deveres, reparados e punidos. Sem o seu auxílio, o direito escrito, abrangendo a constituição e as leis, constituiria apenas, um sistema imperfeito, parcial e impraticável.”⁽¹⁶⁾ O sistema europeu-hispanamericano ressalta a **tipicidade**. O sistema **anglo-saxão**, a **antijuridicidade**. O delito, na **Grã-Bretanha**, como se vê, é concebido **substancialmente**. Não é a definição da lei, mas o fato que a sociedade exige punição severa, em virtude de suas conseqüências negativas.

(16) Fragoso, ob. cit., nota de rodapé n.º 23, págs. 112/113.

15 — Em nosso meio, o crime é obra do legislador; na Inglaterra, o que a prudência dos tribunais, como intérpretes da sociedade, assim o declara.

Acham-se os Crimes divididos em duas classes:

a) **INDICTABLE OFFENCES**

b) **SUMMARY OFFENCES**

A distinção reside na gravidade da ofensa e no procedimento judicial. A prova do primeiro é levantada pelo Juiz e Júri. A segunda espécie é investigada pelas Côrtes de Jurisdição sumária, embora, em alguns casos, as *indictables offences*, em certas circunstâncias possam ser apreciados sumariamente, como por exemplo: se o acusado tem pelo menos 17 anos e manifestar concordância. De outro lado, se a uma pessoa é imputada prática de *summary offence*, cuja punibilidade fôr de três meses de prisão, tem o direito de ser submetida à apreciação do Júri.

INDICTABLE OFFENCES compreendiam a **TREASON FELONIES** e **MIDESMEANORS**. Hoje, esta subclassificação que se apoiava também no procedimento, entre as duas últimas hipóteses havia a diferença de sanção, sendo que as mais graves se enquadravam as *Felonies*. “Na Inglaterra, *Felonies* eram crimes que acarretavam o confisco de terra ou dos bens, e, originalmente eram sempre punidos com a morte (salvo pequeno furto). A pena de morte era implícita em todos os casos de *Felony*, aplicada portanto, mesmo na ausência de cominação expressa.

Nunca à *Misdemeanor* poderia ser cominada a pena de morte.

Originalmente, por outro lado, o acusado de *Felony* não poderia arguir testemunhos em seu favor, nem ter advogado que o defendesse. (limitações que desapareceram em 1.702 e 1.836).

Pelo “*Common Law*”, os casos de *Felony* eram: assassinio (Murder), homicídio, incêndio (Burglary) (entrar violentamente em casa alheia para cometer *Felony*), roubo, sodomia, rapto, lesões corporais graves (Mayhem) e furto. (17)

A distinção **TREASON** e *Felony* implicava tratamento diferente para os participantes da conduta delituosa.

No primeiro caso, todos seriam tratados como “autôres”, ao passo que, no último, caberia a distinção entre: autor de primeiro grau, se cometesse a ação vedada, e autor de segundo grau, àquele que se limitasse a colaborar, sem contudo, realizar o ato principal.

MELLOR ilustra com a seguinte hipótese: A e B saem para cometer um furto; enquanto A subtrai o dinheiro em um cômodo, B em pé à porta, guarda vigilância. A é autor de primeiro e B de segundo grau. (18)

(17) Fragoso, ob. cit. nota de rodapé n.º 23, pág. 137.

(18) J. Leigh Mellor, *The Law*, ed. 1966, pág. 161.

16 — Quando se observa a economia da infração penal, é pertinente voltar a atenção para o agente do delito, em particular para a incapacidade e à imputabilidade. A capacidade penal principia aos 14 anos. Note-se, que na faixa dos 8 aos 14 anos poderá ser declarada a responsabilidade se demonstrar que a pessoa agiu com discernimento e vontade. Os anos foram fixados em um **Statute** em 1933; até então, a **Common Law** só excluía de forma absoluta a criança até os 7 anos. Aqui há total coincidência de critério do Direito Inglês com o Código Penal Brasileiro de 1969, que mantém como regra o princípio da capacidade aos 18 anos, facultando, contudo, imputar o crime a quem “tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acôrdo com êste entendimento”. Ocorre, todavia, uma grande separação em se tratando de responsabilidade das pessoas jurídicas. Ao contrário da tendência dos doutrinadores do continente, negando a conveniência da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito anglo-americano, cresce a simpatia para considerar as sociedades aptas à delinquir. A origem desta orientação situa-se no estudo dos escritos britânicos a respeito de “responsabilidade por fato de outrem” — e decorre como consequência.

Na Inglaterra, divergentemente do que estamos acostumados a presenciar desde o nosso Código Criminal do Império, 1830, quando a responsabilidade se firmou para alcançar apenas o agente da ação delituosa — a **Common Law** autoriza a punição de terceiros em certos casos de perturbação da tranqüilidade pública. Esta consideração foi incrementada no presente século. Os **Statutes** trouxeram inúmeras definições de ilícito e os tribunais interpretaram-nas para tornar uma pessoa responsável por ato praticado por outrem. Conseqüentemente, será lógico que a pessoa jurídica compareça como autora da infração penal. Aliás, esta apreciação inicial de exclusão das sociedades da incidência penal sofre o primeiro impacto, há cem anos, exatamente em casos de inquietação da paz coletiva. Posteriormente, entendeu-se que a pessoa jurídica seria culpável nas hipóteses de responsabilidade por fato de terceiro em virtude de violação de obrigação não delegável, imposta pelo Direito Criminal.⁽¹⁹⁾ Atualmente, predomina a corrente de que “uma sociedade é, em geral, penalmente responsável nos mesmos termos que qualquer pessoa”.

Como foi observado, os tribunais ingleses, em oportunidades várias, aceitaram a responsabilidade objetiva, especialmente nos delitos de **Statutes Law** — entretanto agora, evidencia-se indisfarçável preferência para o campo da responsabilidade subjetiva. Esta aproximação que se denota, do Direito penal da culpa, coloca-o no roteiro da tendência dos demais países, entre os quais — Brasil.

(19) Les Grands Systèmes, pág. 77.

No particular, **CROSS** a denomina como: **A Ressurreição da Mens Rea** e observa: "Algumas decisões ricamente motivadas têm sido proferidas nos últimos dez anos concernentes à necessidade de **Mens Rea** para as infrações previstas pelos **Statutes**.

O artigo 4 da lei de 1883 — são materiais explosivos, por exemplo: pune quem, com conhecimento de causa e sem excusa legal, tem a posse de explosivos. Em 1939, comentários da Côrte Criminal de Apelação sugeriu que o artigo deveria ser interpretado conforme a maneira adotada no início da época da responsabilidade restrita; no caso de fumo adulterado, êste é que seria bastante demonstrar que o acusado tinha conscientemente em sua posse, substâncias, que na realidade, constituíam explosivos. Em 1957, em compensação, a Côrte Criminal de Apelação declarou que o júri deveria ser convencido de que o acusado sabia serem aquelas substâncias explosivas. (Caso **R x Hamam**). Nossa legislação sôbre o tráfico é freqüentemente interpretada de forma a dispensar a prova de conhecimento culpável, porém no caso **Harduig x Price**, julgou-se que em condutas não era culpado em haver negligenciado em não dar aviso de um acidente, simplesmente por ignorar que sua viatura havia se chocado com outra estacionada. Recentemente, exemplos evidentes têm procurado mostrar a insistência dos tribunais sôbre a necessidade de provar o conhecimento do acusado com relação aos fatos essenciais, quando se indaga de sua responsabilidade nascida de fato de outrem, ou na posição de cúmplice.

17 — **Tentativa** merece registro. No aspecto do **inter criminis**, como acontece entre nós, há a distinção das quatro fases e o crime imperfeito exige o início da execução e a não realização da **meta optada**.

Renovam-se as incertezas doutrinárias para que se possa distinguir os atos preparatórios e os atos de execução. A Jurisprudência inglesa, também, não se sente à vontade com o assunto. O critério dominante é a indagação da **mens rea**, ou seja, destino subjetivo que governa a conduta delituosa. Nesse ponto, há uma certa identidade com o critério do Código Penal Italiano.

Em tema de **Tentativa**, a Inglaterra oferece uma particularidade inconfundível com o nosso direito. — Se há tentativa de cometer uma infração **indictable**, é na **Common Law**, um **Midsemeanour**; a sanção será pena privativa do direito de liberdade cuja duração é remetida ao poder discricionário do tribunal, não podendo, em caso algum ser superior ao que seria aplicado quando da consumação do delito. A lei estatutária registra **comunicação de pena para tentativa** de várias infrações penais. Em qualquer caso, porém, o instituto jurídico em exame, só se caracteriza em havendo a prática do ato ligado à vontade delituosa.

18 — Tratar do delito, em Direito Penal, é enfocar tôda matéria porque, êsse setor do campo jurídico existe em decorrência do fato-in-

fração penal. Em assim dizendo o tema em pauta ensejaria inúmeras outras considerações. O fator tempo, todavia, nos condiciona à uma série de limitações. Contudo, não encerraremos sem antes deixar os louvores ao grande mérito do Direito Inglês por conservar respeito — aos direitos do homem — sem vinculação ao princípio da reserva legal. O pormenor garante a este direito, maior liberdade de ação e os tribunais podem desta forma refletir os anseios de uma sociedade. A Justiça será, consoante às exigências atuais da coletividade. Inexiste o risco de discordância valorativa entre legislador e Estado. As Normas Jurídicas perduram sempre renovadas e, só caem no desuso quando os fatos disciplinados perderem relevância.

Em contrapartida — e esta nota é reconhecida pelos doutrinadores ingleses, a mesma crítica é feita pelos escritores americanos em relação ao Direito Penal dos Estados Unidos — como a atuação dos tribunais se dirigem para o caso concreto, o sistema anglo-saxão não enseja oportunidade para a extração, crítica e desenvolvimento dos princípios gerais da Ciência do Direito Penal.

Cada povo tem seu estilo. O lado positivo está equilibrado com as fraquezas e hesitações. Nós, não conseguiremos viver sem “O NUL-LUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE”. Guardamos as conquistas da Europa ensanguentada, como dogmas inalienáveis. Eles marcarão sempre com indelével ressonância, o nosso mundo interior. Os ingleses não renunciavam à **Common Law**. Acreditam nos seus tribunais. Escutam os usos e costumes com a mesma reverência com que ouvem cada passo que ecoa nos salões da Torre de Londres.

Conferência proferida pelo Professor: LUIZ VI-
CENTE CERNICCHIARO

Titular da Vara da Fazenda Pública do Distrito
Federal.

Em 17 de maio de 1971, no auditório do T.J.D.F.